

4. DERECHO BANCARIO

Tratamiento judicial de las hipotecas con índice IRPH: *¿quo vadis?*

Legal approach to mortgages linked to the IRPH index: quo vadis?

por

FEDERICO ADÁN DOMÉNECH

Profesor agregado de Derecho Procesal, acreditado como Catedrático
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Tarragona

La propiedad es una trampa; lo que creemos poseer, en realidad nos posee.
ALPHONSE KARR (Novelista y periodista)

RESUMEN: La principal preocupación de la persona que subscribe un contrato de préstamo hipotecario, se concreta en la cantidad final que debe abonar mensualmente. Sin embargo, la experiencia acredita que, en la práctica diaria, los elementos definidores de las obligaciones económicas asumidas por los consumidores, no son comprendidas en su totalidad. Un ejemplo paradigmático de esta realidad, lo constituye la firma de hipotecas sometidas al interés variable del IRPH. La complejidad, en cuanto a su determinación, y su operatividad, dispar a otros índices sometidos a interés variable, han resultado ser dos cuestiones debatidas a nivel judicial, con la obtención de respuestas judiciales poco homogéneas, resultando, las mismas, de especial importancia, por determinar la suma que el consumidor debe afrontar periódicamente.

El tratamiento judicial del IRPH no se ha caracterizado por su uniformidad, existiendo sentencias contradictorias, que han obligado a pronunciarse las superiores instancias judiciales, tanto a nivel interno, el Tribunal Supremo, como a nivel supranacional, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. En el presente artículo, se analiza la cronología judicial, en cuanto a la interpretación y aplicación del IRPH, con especial atención a la STJUE de 3 de marzo de 2020, que se traducirá en una proliferación de reclamaciones judiciales.

ABSTRACT: *The main concern of anyone who signs a mortgage is exactly how much they have to pay back every month. However, experience reveals that, in everyday practice, the aspects that define the economic obligations taken on by consumers are not fully understood by consumers. The signing of mortgages with variable interest linked to the IRPH index is paradigmatic of this reality. The fact that it is difficult to determine and that it does not operate like other variable interest rates are two questions that have been discussed by jurists. Their responses, however, have been diverse, particularly in terms of how to determine the regular payments that consumers have to make.*

The legal approach to IRPH has by no means been uniform and the discrepancies between resolutions have forced pronouncements from the higher legal authorities in

both Spain (Supreme Court) and the European Union (European Court of Justice). The present article analyses the legal chronology in terms of the interpretation and application of the IRPH and focuses in particular on the Judgement of the Court of Justice of the European Union (3 March 2020), which was to lead to a proliferation of legal claims.

PALABRAS CLAVE: IRPH. Índice variable. Transparencia. Hipoteca. Préstamo. Consumidor.

KEY WORDS: *IRPH. Variable index. Transparency. Mortgage. Loan. Consumer.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTUALIZACIÓN Y REGULACIÓN LEGAL DEL IRPH.—III. MODALIDAD DE CONTROL QUE PUEDEN REALIZAR LOS ÓRGANOS JUDICIALES: 1. CONTROL DE ABUSIVIDAD. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA: A) *Evolución de la doctrina judicial del Tribunal Supremo respecto del control de transparencia.* B) *Justificación y contenido del control de transparencia.*—IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA «MENOR» DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE IRPH. STS DE 14 DE DICIEMBRE de 2017.—VI. POSTURA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES TRAS LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017: 1. POSICIÓN MAYORITARIA. 2. DISCREPANCIAS JUDICIALES: A) *SAP de Girona, sección 2.^a, de 11 de enero de 2018.* B) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018.* C) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018.*—VII. STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 2. CONTENIDO DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020: A) *Sometimiento a la normativa comunitaria.* B) *Exigencia del control de transparencia con independencia de la transposición de la Directiva 93/13.* C) *Alcance de la información que debe concederse a los consumidores.* D) *Consecuencias de la nulidad de la cláusula IRPH.*—VIII. APLICACIÓN DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES: 1. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE BURGOS, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2020. 2. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 6 DE LLEIDA, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2020.—IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de la facultad legal que nos concede tanto nuestro ordenamiento jurídico como el de la Unión Europea de acudir a la interpretación de las normas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, a través de la formulación de una cuestión prejudicial, se caracterizaba por su falta de proliferación. Sin embargo, este temor o «prudencia jurídica» se ha perdido, o cuanto menos se ha relativizado, en los últimos años, planteándose, en el ámbito de la contratación bancaria, múltiples consultas jurídicas al TJUE. La última en resolverse, en materia de contratación bancaria, ha sido la relativa a las hipotecas referenciadas con el índice IRPH.

En el presente artículo se pretende analizar el tratamiento judicial que nuestros órganos judiciales han concedido a esta modalidad de hipoteca, pues su interpretación condicionaba el montante económico que debían afrontar miles de ciudadanos. La resolución del TJUE, de fecha 3 de marzo de 2020, abre las puertas a los consumidores a reclamar la abusividad de este índice. Sin embargo, esta será una decisión que, casuísticamente, deberán resolver nuestros órganos judiciales, al encomendarles el TJUE, la responsabilidad de analizar los parámetros de negociación y compresión adquirida por el consumidor.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y REGULACIÓN LEGAL DEL IRPH

Terminológicamente, las siglas IRPH resumen la nomenclatura: Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios. Operativamente, las siglas IRPH se traducen en un tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años. Sin embargo, el cálculo del tipo medio no resulta fácil, pues el mismo se concreta, una vez obtenida la media de las distintas ofertas del mercado hipotecario que han sido inscritas por las entidades financieras. El Banco de España emitía, mensualmente, este índice, practicada una media de las ofertas inscritas por los Bancos y las Cajas de Ahorro.

Al ser las propias entidades financieras, las que comunicaban los tipos de interés adoptados en sus operaciones hipotecarias, las mismas adquirían un protagonismo activo en la determinación del IRPH, pues el mismo, era el resultado del comportamiento y actuación de los Bancos y Cajas de Ahorro, y es este especial protagonismo, conjuntamente con su adjetivización de condición general de la contratación, el hecho de que, como veremos más adelante, algunas resoluciones judiciales calificasen a este índice de abusivo¹.

Estas resoluciones judiciales, que se postulaban en pro de la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, manifestaban que la configuración de este índice vulneraba la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios².

El primero de los textos normativos, la Orden de 5 de mayo de 1994³, en su precepto 6.2, afirma que *en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*. El segundo de los cueros legales, la Orden de 28 de octubre de 2011⁴, en su norma 26.1, establece que *en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*.

Estas obligaciones y criterios de aplicación legal, a la hora de determinar los índices sujetos a interés variable, no son, según determinada jurisprudencia, respetados por el IRPH, por ser el mismo influenciable por las entidades financieras, conforme a los argumentos contenidos en determinadas resoluciones judiciales que analizaremos.

La regulación del IRPH no ha sido estanca, sino que ha sufrido variaciones normativas de gran calado. Inicialmente, no existía una única clase de IRPH, sino

que convivían hasta tres modalidades, esto es, IRPH Cajas⁵, IRPH Bancos⁶ y IRPH Entidades⁷. Los dos primeros tipos de índices fueron suprimidos por la Orden de 28 de octubre de 2011⁸, y, finalmente, por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁹. En base a estas modificaciones, solo el IRPH entidades resultaba de aplicación. Estas modificaciones normativas presentaban consecuencias prácticas de especial importancia, pues al eliminarse la posibilidad de aplicación de determinados índices, los mismos debían ser sustituidos. La solución a su sustitución habría de encontrarse en el mismo contrato de préstamo hipotecario, el cual debía determinar el índice sustitutivo, y, en caso de no preverse tal circunstancia, resultaba de aplicación, el único de los índices vigentes, esto es, el IRPH Entidades.

III. MODALIDAD DE CONTROL QUE PUEDEN REALIZAR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Como punto de partida, debemos esclarecer que la doctrina judicial ha calificado el índice IRPH, como una estipulación que determina un elemento esencial del contrato hipotecario. Así, a modo de ejemplo, la SAP de Álava, Sección 1.^a, de 10 de marzo de 2016¹⁰, califica la cláusula del IRPH, como una estipulación que condiciona y decide la remuneración que el contratante debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, y por ello, la misma se configura como cláusula definidora del objeto principal del contrato. Determinada la naturaleza de la cláusula, que establece en el contrato el índice IRPH como elemento definitorio del precio, la siguiente cuestión que debemos analizar se concreta en precisar qué modalidad de control sobre la misma deberá efectuar el órgano judicial, pues, en función de la naturaleza de la estipulación y su operatividad en relación a la globalidad del contrato, dispar será el análisis encomendado al personal judicial.

1. CONTROL DE ABUSIVIDAD

La norma básica, para determinar a qué tipo de cláusulas les resulta de aplicación el control de abusividad, se concreta en la Directiva 93/13. El artículo cuarto, punto segundo de este texto normativo sostiene que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. El precepto transcrita diferencia dos hipótesis. Por un lado, establece que no procede el control de abusividad, en relación a aquellas cláusulas que determinen los elementos esenciales del contrato, exclusión que será de aplicación, bajo el condicionante de que estas cláusulas, hayan sido redactadas de forma clara y comprensible¹¹. Por otro lado, si las estipulaciones no se han redactado clara y comprensiblemente, a las mismas se les aplicará el control de abusividad¹².

La aplicación judicial de esta norma resultó ser criticada por determinadas resoluciones judiciales, pues, su interpretación taxativa, implicaba que las estipulaciones de mayor importancia del contrato, se encontraban exentas de un análisis judicial. Ante esta omisión de control, resultó necesaria la implantación de controles alternativos, como se recoge en la STS de 9 de mayo de 2013, al aseverar que *el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no*

elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, (de abusividad), ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que «[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación», y el artículo 4.2 que «[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]»¹³.

De este modo, para salvaguardar la regularidad de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato, el Tribunal Supremo, ya había instaurado una nueva modalidad de control, que se concretaba en el denominado control de transparencia¹⁴. Así, el Alto Tribunal español, en la STS de 18 de junio de 2012, defiende que *aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien resultan excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales y 10.1. a) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios)*¹⁵.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

A) Evolución de la doctrina judicial del Tribunal Supremo respecto del control de transparencia

La instauración del control de transparencia, mediante la resolución del Tribunal Supremo, de fecha 18 de junio de 2012, constituye el inicio de una consolidación en cuanto a la exigencia de su práctica por parte de los órganos judiciales¹⁶, en aras a la protección del consumidor, pues como defiende el Tribunal Supremo, en su resolución de 9 de mayo de 2013, era injustificado que *concretas estipulaciones, relativas a elementos esenciales del contrato, y que podían colocar al deudor en una situación de desigualdad respecto de sus derechos y obligaciones, llevándole a asumir una serie de obligaciones económicas desproporcionadas o injustas en relación a la globalidad del contrato, se encontrasen exentas de cualquier análisis judicial*¹⁷.

Asumiendo la literalidad del precepto 4.2 de la Directiva 93/13¹⁸, el Tribunal Supremo pretende dos objetivos. El primero de ellos, eliminar de la exención de cualquier control a las cláusulas que determinan los elementos esenciales del contrato, y, el segundo de ellos, salvaguardar la posición del consumidor, evitando que aquellas estipulaciones redactadas gramaticalmente, de forma correcta, pero de difícil comprensión, obliguen al deudor a asumir una importante carga económica. Es por ello, que la claridad y comprensión de las estipulaciones debe abarcar tanto la dimensión formal —claridad gramatical— como la dimensión material —contenido de las obligaciones económicas y jurídicas—¹⁹.

Para lograr los dos objetivos, anteriormente descritos, el punto de partida necesario para el Tribunal Supremo se concreta en que el análisis de las estipulaciones definidoras de los elementos esenciales del contrato, incluya *el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*²⁰. El control de transparencia adquiere vida autónoma en relación al control de abusividad, sometiéndose al mismo, las estipulaciones que se erijan como ele-

mentos esenciales del contrato²¹. Adoptando esta postura, el Tribunal Supremo, se convierte, a nuestro entender acertadamente, en garante de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, pues de no instaurarse este control, muchos consumidores resultarían desprotegidos en su tutela²².

B) Justificación y contenido del control de transparencia

La instauración del control de transparencia, como hemos manifestado anteriormente, se justifica como medio equilibrador de los derechos de las partes contratantes, pues como sostiene el TJUE, la posición desigualitaria en la que se coloca al consumidor, es fruto del hecho constatable, que no en pocas ocasiones, el consumidor debe *adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas*²³, extremo que requería de la regulación de medidas que relativizasen, cuanto menos, esta situación.

Con independencia de la instauración del control de transparencia, nuestros órganos judiciales califican como esencial, para eliminar la situación de desigualdad contractual, facilitar al consumidor la información necesaria para decidir contratar o no, pues reviste de *una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración*²⁴ (...) *pues en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato*²⁵.

El control de transparencia debe adoptar una doble dimensión. En primer lugar, la comprensión gramatical, que no siempre resulta suficiente, pues tal presupuesto no se traduce, en multitud de ocasiones, en un equilibrio entre las obligaciones contractuales de las partes²⁶, pues, en determinados contratos, *pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, implican subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio*²⁷. De este modo, en el ámbito formal no solo se requiere de la claridad de las cláusulas, sino también de que su ubicación y su relevancia en el contrato sea acorde con la importancia de su operatividad en la vida del contrato. En consecuencia, cuando a cláusulas como la relativa al IRPH, se les da un tratamiento impropiamente secundario o se encuentran entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que imposibilitan, o cuanto menos dificultan su identificación, se vulnera el derecho a la información precontractual del consumidor.

En este sentido, la SAP de Álava, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2016, declara nula la estipulación IRPH, al considerar que *en el caso de autos la cláusula ni siquiera aparece destacada en la escritura pública, cuando se trata de una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado y si bien no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato, sin embargo, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia*²⁸.

Sin embargo, este control formal, como hemos manifestado, no resulta suficiente y debe ser complementado por un análisis de contenido, pues la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostiene que incluso el análisis que realiza

el notario de las cláusulas al formalizar la escritura pública, no es por sí solo elemento garante suficiente de la protección del consumidor²⁹. De esta forma, en segundo lugar, debe asegurarse la comprensión, por parte del consumidor de las obligaciones económicas asumidas en la contratación, pues, de lo contrario, situaríamos al consumidor en una situación de confianza³⁰, en la que, la aparente claridad de las cláusulas, le impedirían adquirir un verdadero conocimiento de los efectos de la aceptación de la concreta estipulación, produciéndose, lo que podríamos denominar, «una contratación a ciegas», por parte del consumidor³¹. Esta información del contenido requiere que la *información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*³². En definitiva, que el consumidor entienda qué y cómo contrata³³.

IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA «MENOR» DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

El Tribunal Supremo, en su resolución de 9 de mayo de 2013, enuncia una serie de parámetros que permiten calificar a una concreta estipulación de no transparente. No obstante, la aplicación de estos parámetros no se realiza de manera homogénea, siendo necesario que cada órgano judicial, decida casuísticamente, en función del caso concreto, pues los presupuestos enumerados por el Tribunal Supremo, son elementos que deben ser tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otras³⁴. El exigido análisis casuístico es puesto de relieve por la STS de 9 de marzo de 2017, al manifestar que *en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia*³⁵. Ante esta falta de homogeneidad, en cuanto a la aplicación de los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo, podemos encontrarnos dos tipos de resoluciones judiciales que plantean soluciones diferentes ante un mismo caso. Así, a modo de ejemplo, la falta de explicación de otros índices alternativos al IRPH como puede ser el Euribor, para determinadas resoluciones judiciales no supone la falta de transparencia, mientras que para otras Audiencias Provinciales sí es un motivo que vulneraría la necesaria información precontractual del consumidor.

Un ejemplo del primer grupo de resoluciones judiciales lo constituye la SAP Barcelona, Sección 15.^a, de 4 de octubre de 2016, la cual sostiene que *precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. Por último, no podemos aceptar, como sostiene la demandante, que el control de transparencia solo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y*

accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí³⁶.

En contrapartida, un ejemplo del segundo grupo de resoluciones judiciales se plasma en la SAP de Madrid, Sección 13.^a, de 4 de mayo de 2017, la cual afirma que al considerar que: *lo relevante es no solo que la cláusula de interés variable supere el filtro de «incorporación» al contrato, es decir que sea clara su redacción gramatical, que lo es; sino también que supere el segundo filtro de «transparencia», es decir, que permita al consumidor identificarla y comprenderla como definidora del objeto principal del contrato para así conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y en el presente caso, (...) es claro que no reúne los presupuestos de transparencia que exigen el TJUE como la LCGC y el TR de Consumidores, y además si se hubiera explicado a la ejecutada, que dicho índice, en lugar de referenciarse al IRPH, se hubiera referenciado al Euribor, claramente se desprende que ya entonces era más conveniente hacerlo al Euribor que al IRPH, por escasa que fuera la diferencia, y ya entonces, previsiblemente, como luego se demostró, conocía la entidad prestamista que el mismo caería considerablemente, por lo que las consecuencias económicas para la ejecutada hubieran sido más favorables y por tanto muy diferentes*³⁷.

V. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE IRPH. STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

Ante la falta de uniformidad judicial, el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 14 de diciembre de 2017, con el fin de esclarecer las divergencias existentes hasta el momento que creaban inseguridad jurídica. Los elementos fundamentales de la resolución se concretan en los siguientes aspectos:

Primero. Conceptualización de la estipulación IRPH. La resolución judicial califica a esta modalidad de cláusula como cláusula general de contratación, al afirmar que *como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal, esto es (...) Contractualidad, predisposición, imposición y generalidad*³⁸.

Segundo. Eliminación del control de transparencia respecto al índice IRPH: Este es el punto más problemático de la resolución judicial. En base a su importancia, lo dividimos en los siguientes apartados:

A. Índice fijado legalmente: La resolución judicial afirma que *el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos*³⁹.

B. Normativa que concede cobertura legal a la eliminación del control de transparencia: El fundamento para limitar el control de transparencia, en relación al IRPH, se concreta en el artículo 4 LCGC, *el cual excluye de su ámbito de*

aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; a este respecto, la expresión disposiciones legales o reglamentarias imperativas que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo⁴⁰.

C. Exclusión del control de transparencia del análisis judicial: La entidad financiera no predetermina el índice, sino que se limita, según el Tribunal Supremo, a recoger índices oficiales regulados por disposiciones legales. De este modo, en base a la autoría y determinación del índice, se exime de responsabilidad en cuanto al control a la entidad financiera, trasladándose a la administración pública, el deber de controlar que estos índices se ajusten a la normativa. *Ese control queda fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil, considerando que la administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria (...) el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente⁴¹.*

D. Inaplicación de la normativa de consumidores: El Tribunal Supremo considera que a las cláusulas IRPH no le resultan de aplicación las normas relativas a consumidores, al afirmar que *el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores⁴².*

Tercero. Sometimiento únicamente al control de incorporación: Al constituir, el IRPH, un índice prefijado, de no modificación por la entidad financiera, la única responsabilidad que recae sobre esta se concreta en que *esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente⁴³.*

Cuarto. Flexibilización de las obligaciones informativas de la entidad financiera: En cuanto a la obligación precontractual, a la entidad financiera se le exime tanto de proporcionar índices comparativos como de realizar cálculos de la operatividad de cada uno de ellos. En este sentido: A. *No se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.* B. *No es exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España.* C. *Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor⁴⁴.*

VI. POSTURA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES TRAS LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

La aceptación de la doctrina judicial contenida en la STS de 14 de diciembre de 2017, no resultó ser pacífica, dividiéndose, una vez más, la respuesta judicial manifestada por los órganos judiciales.

1. POSICIÓN MAYORITARIA

Es preciso recalcar que la defensa de la postura sostenida por el Tribunal Supremo, resultó ser la tesis mayoritariamente defendida por los órganos judiciales. Sirva como ejemplo, entre otras, las SSAP de Santander, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2018⁴⁵, de Barcelona, Sección 15.^a, de 11 de mayo de 2018⁴⁶, de León, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2018⁴⁷, de Valencia, Sección 9.^a, de 23 de abril de 2018⁴⁸, de Granada, Sección 3.^a, de 10 de abril de 2018⁴⁹, y de Badajoz, Sección 2.^a, de 20 de febrero de 2018⁵⁰.

2. DISCREPANCIAS JUDICIALES

Sin embargo, existieron voces discrepantes con la resolución del Tribunal Supremo, por considerar que sus argumentos y conclusiones se encuentran en contradicción con la doctrina judicial del TJUE, en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios, en concreto, respecto de los niveles de exigencia en relación a los controles de transparencia de las cláusulas generales de la contratación, en este caso, el índice IRPH, insertas en los contratos de préstamo hipotecario.

A) SAP de Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018

La primera de las Audiencias Provinciales que ponen en entredicho la doctrina judicial contenida en la STS de 14 de diciembre de 2017, es la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, en concreto, en dos sentencias de fecha 11 de enero de 2018. Las resoluciones dictadas defienden que es tarea del órgano judicial llevar a cabo un control de transparencia respecto de la comprensión del cliente de la variación del índice, de la modificación del mismo y de la comprensión del nuevo por parte del consumidor, eliminándose una transformación automática, exenta de control alguno, pues como establecen las resoluciones enunciadas *nos encontramos ante estipulaciones diferentes que deben examinarse de manera separada respecto de su posible abusividad. (...) La modificación no puede ser considerada ilegal, siempre y cuando el Banco haya informado de un modo claro, comprensible y suficiente a sus clientes de esta posibilidad, de las consecuencias económicas y jurídicas, que comporta así como del supuesto del que depende esta radical modificación. Lo que acabamos de decir implica hacer un estudio de la transparencia de la cláusula puesta en entredicho*⁵¹.

Asimismo, sostiene esta AP que el control de inclusión, en el sentido de ser entendedoras sus palabras y entendibles para el consumidor, no debe eximir del control de transparencia, en casos en que la estipulación conlleva la modificación de un elemento esencial del contrato como es el precio.

Finalmente, las resoluciones comentadas, defienden que la consecuencia de la no superación del control de transparencia de la estipulación, se traduce en su declaración de cláusula abusiva, *y de acuerdo con los artículos 82.1 del TRDCyU debe considerarse nula⁵²*, siendo su consecuencia *la restitución al consumidor en los perjuicios sufridos*, esto es, *el Banco demandado debe devolver a los demandantes las cantidades que ha percibido en concepto de capital remunerado o intereses ordinarios, desde la fecha en que llegó la primera revisión del tipo tras la desaparición del índice IRPH-Cajas, atendiendo a las cantidades que debía haber cobrado de aplicar el interés previsto legalmente⁵³*.

B) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018*⁵⁴

La sentencia enunciada toma, como punto de partida, tres extremos para calificar a la estipulación que determina el IRPH de abusiva, y, por *ende* nula. Los tres argumentos que sirven de fundamento a esta resolución paradecretar la nulidad de la cláusula se concretan en los siguientes: En primer lugar, la estipulación relativa al IRPH, constituye una condición general de contratación, y, por *ende*, sujeta al control de inclusión y transparencia. En segundo lugar, determina que la redacción de la cláusula supera el control de inclusión por encontrarse la estipulación *redactada gramáticamente clara*. En tercer lugar, no se supera el control de transparencia. Establece el órgano judicial que *la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo⁵⁵*.

C) *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018*⁵⁶

Otras de las resoluciones que se han pronunciado en contra de la transparencia del índice IRPH, ha sido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018. Esta resolución efectúa un análisis pormenorizado de cómo debe darse cumplimiento a la transparencia de una cláusula.

Así, sostiene como premisa que *el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. (...) Es cierto que el Tribunal Supremo en Sentencia 669/2017 de 17 de diciembre refirió que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, hubiera podido comprender el alcance de dicho índice, pero en el presente caso, realizado el interrogatorio de oficio por la que suscribe, se pudo comprobar, plenamente atendido el principio de inmediación, que*

don XXXXXX XXXXXXX confió plenamente en el banco para la realización de todas las operaciones, tanto el préstamo como la novación, que era una persona sin estudios y nada informado acerca de las prácticas bancarias. Sobre la base de lo expuesto dichas cláusulas no superan el filtro de transparencia y por ello procede declarar su nulidad, con la consiguiente exclusión de la misma del contrato y sin que proceda la aplicación del índice sustitutivo IRPH Bancos, fijado en la escritura por tener la misma naturaleza⁵⁷.

VII. STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Después de los antecedentes existentes en materia bancaria, no debería sorprendernos el planteamiento de una nueva consulta ante el TJUE. Así, la falta de aceptación unánime respecto de la doctrina del Tribunal Supremo, se concretó en la presentación de una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, a través del auto de 16 de febrero de 2018.

2. CONTENIDO DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

A) *Sometimiento a la normativa comunitaria*

La primera de las cuestiones planteadas se concreta en determinar el sometimiento del control de la cláusula IRPH a la normativa comunitaria, o, si por el contrario, resulta exenta la aplicación de la Directiva 93/13 al análisis de la estipulación IRPH⁵⁸. El TJUE para resolver esta primera cuestión parte de dos premisas. En primer lugar, califica al IRPH como uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y, en segundo lugar reconoce que las estipulaciones *que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13*⁵⁹. Sin embargo, aceptando estas premisas, el TJUE considera que el elemento definitorio para decidir si resulta de aplicación la Directiva 93/13, no se concreta en el hecho de que el IRPH sea un índice oficial, determinado por disposiciones legales o reglamentarias, sino que el elemento decisivo recae en el hecho de determinar si su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario resultaba imperativo para las partes, o voluntario, en base a los principios de autonomía contractual, pues, como establece el TJUE, la exclusión de la normativa comunitaria solo se producirá cuando la estipulación en cuestión refleje *una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa*⁶⁰.

De estas dos condiciones que impone el TJUE, solo se cumple la primera, esto es, el índice IRPH refleja una disposición legal, pero no se cumple el segundo de los presupuestos, pues el TJUE argumenta que la normativa nacional, tanto la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 como la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, *no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos*⁶¹.

En consecuencia, la inclusión, por parte de la entidad financiera, del índice IRPH como índice de referencia para definir el interés variable, es una decisión potestativa, sin que su utilización resulte impuesta por ninguna norma legal ni reglamentaria. En base a estas consideraciones, el TJUE responde a la primera de las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial, en el sentido de afirmar que sí están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, los contratos de préstamo hipotecario *que estipulen que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional*⁶².

B) Exigencia del control de transparencia con independencia de la transposición de la Directiva 93/13

El primer apartado de la segunda pregunta de la cuestión prejudicial, se concreta en determinar si resulta correcto que un órgano judicial no proceda al análisis de la abusividad de una cláusula que define los elementos esenciales del contrato, según literalidad del precepto 4.2 de la Directiva, cuando esta no se encuentra transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto de esta pregunta, el TJUE prioriza la protección al consumidor, por considerar que es una materia de orden público, por encima de que la Directiva se encuentre transpuesta o no. Así, el TJUE manifiesta que *los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro*⁶³.

A esta conclusión llega el TJUE, recordando la doctrina judicial comunitaria dictada en este ámbito, la cual se concreta en afirmar que *el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información*⁶⁴. Esta situación de inferioridad, exige a *los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo*, con el objetivo de determinar si *la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva*⁶⁵. Y esta finalidad solo se cumplirá con el control de transparencia de la cláusula, con independencia de que la Directiva comunitaria se haya transpuesto o no.

C) Alcance de la información que debe concederse a los consumidores

Los apartados segundo y tercero de la segunda pregunta de la cuestión prejudicial, parten de un hecho objetivo, esto es, el IRPH es un tipo de interés variable complejo. Ante esta complejidad, el juzgador español se pregunta si es preciso, que la entidad financiera en la información precontractual informe al consumidor de las operaciones que deben llevarse a cabo para la determinación del índice y cuál es su evolución, comparándolo con otros índices de tipo variable como es el Euribor.

En este sentido, constituye obligación de la entidad financiera no solo conceder la información precontractual al consumidor sino también facilitarle la información correspondiente a la operatividad del contrato durante su vigencia.

En definitiva, existiría, a la hora de contratar, una doble obligación respecto a la información desde un punto de vista temporal. En primer lugar, la información pre-contractual, y, en segundo lugar, la información post-contractual. Una vez más, el TJUE partiendo de la situación de desigualdad en la que defiende que se encuentra el consumidor, sostiene que la información y la transparencia exigida a las entidades financieras *deben interpretarse de manera extensiva*⁶⁶.

Así, el TJUE parte de una premisa de máximos, afirmando que *la obligación no incumbe a que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras*⁶⁷. Y estas finalidades se cumplen, siempre y cuando, y con ello se contesta a los apartados segundo y tercero de la pregunta segunda de la cuestión prejudicial, *los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, facilitando la información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés*⁶⁸.

Finalmente, el TJUE recuerda que es el propio juzgador nacional, sobre quién recae la obligación de comprobar que se cumplen estas exigencias respecto a la información, pues es él quien dispone de un conocimiento global de la contratación, y de *los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo*⁶⁹.

D) Consecuencias de la nulidad de la cláusula IRPH

En la tercera de las preguntas de la cuestión prejudicial, se pregunta al TJUE cuál debe ser el proceder ante una estipulación declarada nula. ¿Debe aplicarse un índice sustitutivo del nulo, o debe exigirse solamente la restitución del principal sin abono de intereses?

Para responder a esta pregunta, el TJUE nos efectúa un recordatorio de su doctrina judicial en el ámbito de las cláusulas abusivas. Así, el TJUE sostiene el deber de los órganos judiciales de no aplicar las cláusulas abusivas⁷⁰, prohibiendo la posibilidad de proceder a la integración de la cláusula nula⁷¹, so pena de eliminar el efecto disuasorio de la declaración de nulidad de determinadas estipulaciones⁷². No obstante, después de manifestar su doctrina judicial general, nos recuerda el TJUE alguna excepción ya aplicada, en concreto en el supuesto de la cláusula de vencimiento anticipado⁷³. En este sentido, el TJUE nos recuerda que si el contrato no pudiese subsistir sin la aplicación de la cláusula nula, *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización*⁷⁴.

Para el TJUE, la anulación de la cláusula IRPH supondría para el consumidor un perjuicio, pues se traduciría en *el efecto de hacer inmediatamente exigible el*

pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca⁷⁵.

¿La solución? Permitir la aplicación, a falta de acuerdo entre las partes, de un índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio⁷⁶.

VIII. APLICACIÓN DE LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

La doctrina judicial contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020, discrepa de las argumentaciones defendidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2017.

Ante esta discrepancia surgía el interrogante de si los órganos judiciales patrios esperarían a que el Tribunal Supremo se pronunciase respecto de la resolución del TJUE o, si por el contrario, siguiendo las directrices del precepto 4 bis LOPJ, aplicarían directamente la doctrina judicial comunitaria conforme al principio de prioridad, al manifestar esta norma que *los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. En este sentido, ya son dos los órganos judiciales que se han pronunciado respecto de la transparencia de la cláusula IRPH tras la emisión de la STJUE de 3 de marzo de 2020⁷⁷.

1. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE BURGOS, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2020

El Juzgado de Primera Instancia de Burgos sostiene que la cláusula IRPH del contrato de préstamo hipotecario no supera el control de transparencia por no cumplirse los presupuestos exigidas por el TJUE. Por un lado, *no se accredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que esta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia, y, por otro lado, no se accredita concesión de la información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euribor*.

En consecuencia, la entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que estos pudieran comprender el alcance económico y jurídico de la cláusula. Ante esta falta de información, el Juzgado decreta la *nullidad del tipo de referencia IRPH-entidades y tipo de referencia sustitutivo IRPH-Bancos*, y, en consecuencia, su sustitución por el Euribor.

2. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 6 DE LLEIDA, SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2020

El Juzgado de Primera Instancia de Lleida asume como propias las argumentaciones del TJUE en cuanto a la necesidad de realizar un control de transparencia, a pesar de que el índice IRPH se trate de un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (...) El control de transparencia ha de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

Asimismo, aplica este órgano judicial las sugerencias emitidas por el TJUE, en el ámbito relativo a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula, decreto la sustitución del índice declarado nulo por un sustitutivo, manifestando que procederá *la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia.*

IX. CONCLUSIONES

I. El IRPH es calificado como un tipo de interés variable, influenciable, por la actuación de las entidades financieras, según parte de la doctrina judicial, la cual sostiene que esta influenciabilidad vulneraría las normas de transparencia bancaria y protección de los consumidores.

II. Al definir el IRPH un elemento esencial del contrato, por establecer la remuneración que el contratante debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, se encuentra exento del control de abusividad, conforme a las normas contenidas en el precepto 4.2 de la Directiva 93/13.

III. A efectos de no dejar ausente de análisis, en relación a la estipulación que determina el IRPH, la doctrina judicial instauró el control de transparencia de la cláusula, control que debe englobar dos ámbitos. Por un lado, la dimensión formal, consistente en examinar la claridad gramatical, y, por otro lado, analizar el ámbito material, plasmado en la comprobación de la comprensión del contenido de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas por el consumidor.

IV. El Tribunal Supremo, en su resolución de 14 de diciembre de 2017, flexibiliza el control de transparencia respecto del índice IRPH, determinando su exclusión, por considerar que el IRPH es un índice oficial regulado por disposiciones legales y administrativas. En consecuencia, se excluye su análisis del ámbito judicial y se traspasa a las autoridades administrativas. El Alto Tribunal defiende que el único control al que debe someterse el IRPH, es al control de incorporación, esto es, al hecho que la estipulación se encuentre correctamente redactada, formal y gramaticalmente.

V. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de marzo de 2020, establece como doctrina judicial, la obligación de someter a las cláusulas que regulen el índice IPRH a un control de transparencia, por ser su utilización por las entidades financieras voluntaria y no imperativa, con independencia de que la Directiva 93/13 resulte transpuesta o no por el Estado miembro. La nulidad o no de la cláusula IRPH deberá ser analizada, casuísticamente, en función de la globalidad del contrato de préstamo hipotecario, asumiendo esta responsabilidad el órgano judicial, en el momento de proceder al análisis de la admisión o inadmisión de la demanda. La nulidad de la estipulación implicará la sustitución del índice IRPH por otro pactado por las partes, y, ante ausencia de pacto, se substituirá por el Euribor.

VI. Los órganos judiciales españoles, conforme al principio de preferencia de la normativa y jurisprudencia comunitaria, aplican los argumentos y conclusiones contenidos en la STJUE de 3 de marzo de 2020.

NOTAS

¹ En este punto, es especialmente importante citar la resolución del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en la que consta que, solicitado informe al Banco de España, este mismo reconoció la posible influencia de las entidades financieras en la determinación del índice en cuestión, al afirmar que: *todo índice de tipos remuneratorios de carácter —variable— del contrato de préstamo, hace presumir a quien lo pacta o acepta, que el mismo estará sometido a las oscilaciones del mercado en el que opera, pero no a las que determine de forma unilateral la propia entidad que lo ofrece a través de su actuación en el mismo mercado, dejando en manos de la misma la variabilidad de la oscilación que es la esencia misma del índice variable. La referida afirmación deriva de la prueba documental aportada por el actor y consistente en las respuestas que por la vía de informe efectúa el Banco de España (art. 381.1 LEC) a un procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 4 de Bilbao, de entre las que destaca la respuesta a la preguntas 1, 11 y 12 ya que a través de las mismas se afirma por el propio Banco de España que el índice IRPH se calcula a partir de los datos facilitados por las propias cajas cada mes y, que cada caja (de entre las 23 que integran el índice, cada una con una misma capacidad de influir en el índice, con independencia del volumen de sus operaciones) puede influir en el resultado del índice aumentando los intereses aplicados por ellas mismas o, que en los datos facilitados por cada caja de forma mensual para conformar el índice, no solo se incluye los préstamos hipotecarios por las mismas concedidos, sino también los importes de las comisiones que aplican a sus productos, lo que determina que el precio del dinero o índice IRPH esté también conformado no solo por el tipo de interés, sino por el importe de las comisiones aplicadas por cada entidad.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró, de 10 de febrero de 2017, número de Recurso: 1461/2015, núm. de Resolución: 36/2017.

² La vulneración de estos textos normativos es puesta de relieve por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de San Sebastián de 29 de abril de 2014, en la que se plasma el siguiente razonamiento: *dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (...). La citada orden dispone en su artículo 6.2 que «en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades». Es decir, la norma que habilita en su DA. 2.^a que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. (...) La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el artículo 1256 del Código civil, y el artículo 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del artículo 6.3 del Código civil acarrearía su nulidad como ha reiterado la jurisprudencia.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1, de San Sebastián de 29 de abril de 2014, núm. de Recurso: 950/2013, núm. de Resolución: 156/2014. En términos similares, se expresa la Sentencia del juzgado Mercantil de Barcelona, núm. 7, de 16 de marzo de 2015, núm. de Recurso: 551/2014, núm. de Resolución: 66/2015.

³ BOE, núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

⁴ BOE, núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁵ El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Cajas (IRPH Cajas), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados

por las Cajas de Ahorro a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

⁶ El Índice de Referencia para préstamos Hipotecarios Bancos (IRPH Bancos), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

⁷ El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Entidades (IRPH Entidades), es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por las Cajas de Ahorro y los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes, a la manera de una media de los dos índices anteriores.

⁸ BOE, núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁹ BOE, núm. 233 de 28 de Septiembre de 2013.

¹⁰ SAP de Álava, Sección 1.^a, de 10 de marzo de 2016, número de Recurso: 619/2015, número de Resolución: 85/2016.

¹¹ La razón de la exclusión del control de abusividad es establecido en la SAP Valladolid, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2017, al considerar que *efectivamente afectan al objeto principal del contrato en cuanto determinan el precio que debe percibir la entidad prestamista y como tales no pueden considerarse abusivas de por sí, puesto que en una economía de libre mercado la regla es la libertad para fijar el precio, salvo que no estén redactadas de forma clara y comprensible, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, si cabrá apreciar abusividad.* SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2017, número de Recurso: 386/2016, número de Resolución: 99/2017.

¹² Al respecto, la STS de 9 de marzo de 2017, manifiesta que *cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.* STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

¹³ STS de 9 de mayo de 2013, núm. de Recurso: 485/2012, núm. de Resolución: 241/2013.

¹⁴ El Tribunal Supremo define, en su resolución de 18 de junio de 2012, el control de transparencia como *parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.* STS de 18 de junio de 2012, número de Recurso: 46/2010, número de Resolución: 406/2012.

¹⁵ STS de 18 de junio de 2012, número de Recurso: 46/2010, número de Resolución: 406/2012.

¹⁶ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

¹⁷ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

¹⁸ Artículo 4.2 Directiva 93/13: *el control de contenido no puede referirse a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*

¹⁹ La doctrina del Tribunal Supremo, recoge la emitida por el TJUE, la cual sostiene en la Sentencia de 30 de abril de 2014, que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega

del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

²⁰ STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

²¹ La posibilidad de efectuar un control de las cláusulas referentes al objeto del contrato, que excede del ámbito propio del control de inclusión, es reconocido por la STJUE de 3 de junio de 2010, al manifestar que *los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.* STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

²² El hecho de que la configuración del control de transparencia es una creación jurídica del ordenamiento jurídico español, es puesta de manifiesto en la STS de 24 de marzo de 2015, al sostener que *no ha realizado una labor de «creación judicial del Derecho» que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 del Código Civil, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE.* STS de 24 de marzo de 2015, número de Recurso: 1765/2013, número de Resolución: 138/2015.

²³ Entre otras, vid. STJUE de 14 junio 2012, asunto C-618/10; STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11; STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11; y STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

²⁴ STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.

²⁵ STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

²⁶ La falta de reciprocidad entre la claridad y la igualdad de las partes contratantes es resaltada por la STS de 9 de mayo de 2013, al sostener que *una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor.* STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, número de Resolución: 241/2013.

²⁷ STS de 24 de marzo de 2015, número de Recurso: 1765/2013, número de Resolución: 138/2015.

²⁸ SAP Álava, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2016, número de Recurso: 225/2016, número de Resolución: 188/2016.

²⁹ Sobre este punto, la STS de 8 de septiembre de 2014 defiende que *sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.* STS de 8 de septiembre de 2014, número de Recurso: 1217/2013, número de Resolución: 464/2014.

³⁰ En este sentido, es especialmente clara la STJUE de 30 de abril de 2014, en la que se sostiene que *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical.* STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

³¹ La quiebra de la confianza del consumidor se produce cuando *la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor.* STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

³² STS de 9 de mayo de 2013, número de Recurso: 485/2012, n.º de Resolución: 241/2013.

³³ *En el caso de autos, con base a la documental aportada y las omisiones documentales de la parte demandada, puede afirmarse que las cantidades exigidas por la entidad bancaria*

en concepto de interés remuneratorio con base al índice IRPH, son abusivas por falta de transparencia en la inserción del significado real del índice en el contrato en cuanto a su variabilidad dependiendo de la actuación unilateral de la propia parte acreedora y, por ausencia de comprensión de la naturaleza del mismo por los deudores. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró, de 10 de febrero de 2017, número de Recurso: 1461/2015, núm. de Resolución: 36/2017.

³⁴ ATS de aclaración de 3 de junio de 2013, número de Recurso: 485/2012.

³⁵ STS de 9 de marzo de 2017, número de Recurso: 2223/2014, número de Resolución: 171/2017.

³⁶ SAP Barcelona, Sección 15.^a, de 4 de octubre de 2016, número de Recurso: 532/2015 Núm. de Resolución: 218/2016.

³⁷ SAP Madrid, Sección 13.^a, de 4 de mayo de 2017, número de Recurso: 936/2016 Núm. de Resolución: 214/2017.

³⁸ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

³⁹ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016 Núm. de Resolución: 669/2017.

⁴⁰ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴¹ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴² STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴³ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴⁴ STS de 14 de diciembre de 2017, número de Recurso: 1394/2016, número de Resolución: 669/2017.

⁴⁵ SAP de Santander, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2018, número de Recurso: 710/2017, número de Resolución: 237/2018.

⁴⁶ SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 11 de mayo de 2018, número de Recurso: 371/2017, número de Resolución: 320/2018.

⁴⁷ SAP de León, Sección 1.^a, de 7 de mayo de 2018, número de Recurso: 16/2018, número de Resolución: 188/2018.

⁴⁸ SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 23 de abril de 2018, número de Recurso: 1869/2017, número de Resolución: 326/2018.

⁴⁹ SAP de Granada, Sección 3.^a, de 10 de abril de 2018, número de Recurso: 523/2017, número de Resolución: 109/2018.

⁵⁰ SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 20 de febrero de 2018, número de Recurso: 371/2017, número de Resolución: 67/2018.

⁵¹ SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵² SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵³ SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 608/2017, número de Resolución: 4/2018 y SAP Girona, Sección 2.^a, de 11 de enero de 2018, número de Recurso: 601/2017, núm. de Resolución: 5/2018.

⁵⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018, sentencia número 5/2018.

⁵⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Amurrio, de 15 de enero de 2018, sentencia número 5/2018.

⁵⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018, sentencia número 24/2018.

⁵⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, de 19 de enero de 2018, sentencia número 24/2018.

⁵⁸ Primera pregunta: Este índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

⁵⁹ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto, C-34/13 y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

⁶¹ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶² STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶³ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁶⁴ STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁶⁵ STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁶⁶ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

⁶⁷ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

⁶⁸ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18

⁶⁹ STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 y STJUE 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

⁷⁰ STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷¹ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷² STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷³ STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷⁴ STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13.

⁷⁵ STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-70/17 y C-179/17.

⁷⁶ STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

⁷⁷ Seguramente cuando el artículo se publique existirá alguna resolución judicial más. En estos momentos, incorporamos las resoluciones judiciales de las que tenemos conocimiento en el instante de la redacción del artículo.